



## EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL\*

AMADEO DE FUENMAYOR

Se me ha confiado el encargo -muy honroso y grato para mí- de hablar sobre el matrimonio en este ciclo conmemorativo del centenario de nuestro Código Civil.

Si siempre es aconsejable definir y precisar aquello de que se quiere tratar en un discurso, lo es particularmente en esta ocasión, pues debo cumplir -claro está- el encargo recibido dentro de los límites de tiempo propios de una conferencia.

Esto me obliga a determinar la temática que me propongo tratar y a desarrollarla -dada su complejidad y riqueza de matices- de acuerdo con un esquema necesariamente simplificador. Simplificador, sí; pero no quisiera que fuera, por eso, superficial.

Me corresponde hablar del matrimonio en el Código de 1889.

Pero, ¿de qué matrimonio? ¿Del matrimonio que llamamos *in fieri*, o del matrimonio *in facto esse*?

Y si tratara del matrimonio *in fieri*, ¿debería limitarme a considerar la temática de los sistemas matrimoniales?

Debo disertar sobre el matrimonio en el Código de 1889: ¿De su génesis, con un *iter* paralelo a la génesis del Código?; ¿o mejor, del matrimonio en sus avatares, a partir del Código y sin salir de él?

Enseguida daré respuesta a las preguntas que acabo de formular. Pero antes debo manifestar que sé muy bien quiénes me escuchan,

\* Conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1989, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el ciclo conmemorativo del Centenario del Código Civil español.

buenos conocedores de los avatares que, en el orden jurídico, ha sufrido entre nosotros la institución matrimonial a lo largo del último siglo.

Estos dos factores: una selección de la posible temática, y la conveniencia de prescindir de lo que todos saben y recuerdan, me llevan a seguir en mi exposición una línea que puede resumirse en los puntos siguientes, que anticipan el sumario de mi disertación, y que pretenden considerar, aunque con la necesaria brevedad, cada una de las cuestiones que antes anuncié:

- I. La cuestión matrimonial y el proceso codificador.
  - II. Los términos de la negociación de Alonso Martínez.
  - III. El matrimonio en el pensamiento liberal.
  - IV. El influjo entre sí de los sucesivos sistemas matrimoniales.
  - V. La Constitución política y el Concordato como fuentes inspiradoras del sistema matrimonial.
- Y por último:
- VI. El momento actual.

## I. LA CUESTION MATRIMONIAL Y EL PROCESO CODIFICADOR

La Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, proclama en su artículo 12 la confesionalidad del Estado al decir: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica, Romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra». Y en el artículo 258 ordena acometer la codificación sobre la base de la unidad legislativa, recogiendo una de las aspiraciones de aquellas Cortes, claramente inspiradas en las ideas reformistas del liberalismo político europeo. Muchas de las proclamaciones de la Constitución de Cádiz no alcanzarán aplicación práctica, por utópicas e idealistas. Otras se harán realidad al cabo de un largo lapso de tiempo. Ninguna, tal vez, conoció tanto retraso como la relativa al Código Civil.

El proceso codificador cubre prácticamente todo el siglo XIX, un siglo de grandes cambios políticos, que conoce dos guerras civiles, una revolución, un cambio de régimen político, con la proclamación de la Primera República, seguida muy pronto de la Restauración de la

Monarquía. Tres factores actúan en el proceso codificador, determinantes de su enorme retraso: la cuestión foral, la cuestión religiosa y la cuestión política. Tema dominante es la lucha en torno a la secularización de la vida española, en términos semejantes a otros países de cultura católica mayoritaria, pero con algunas notas típicas: la lucha se prolonga en el tiempo, conoce explosiones de gran violencia y se desarrolla según un repetido ritmo, con períodos cortos y activos de secularización, seguidos de largos períodos restauradores.

En ese clima y como una de las cuestiones concretas, dentro de la cuestión religiosa, el tema matrimonial será uno de los mayores obstáculos en el proceso de elaboración del Código Civil. La tensión entre la concepción secularizadora del matrimonio y la concepción del matrimonio canónico, se halla presente en los sucesivos proyectos del Código Civil hasta llegar a la fórmula conciliadora de un Ministro liberal -Manuel Alonso Martínez, Presidente que fue de nuestra Academia- con la que se pudo resolver la cuestión matrimonial, el mayor de los obstáculos para alcanzar el ideal de los constituyentes de Cádiz -liberales también-, que en su liberalismo incluían, acordes con los arraigados sentimientos de la sociedad española, una fórmula de confesionalidad católica.

## II. LOS TÉRMINOS DE LA NEGOCIACION DE ALONSO MARTINEZ

Las negociaciones del Gobierno con la Santa Sede que darán como fruto el texto que será transcrito en la Base tercera, logrando así superar -en la última etapa del proceso codificador- el mayor de los obstáculos, comienzan de modo oficioso el 5 de noviembre de 1881 y terminan el 8 de marzo de 1887. Las lleva a cabo Alejandro Groizard, Embajador ante el Vaticano, según las instrucciones de Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia en ese período, salvo un paréntesis de casi tres años en que ocupan el poder los conservadores, correspondiendo, por tanto, al Gobierno liberal el honor de haber resuelto la cuestión matrimonial, calificada como la cuestión más espinosa del siglo XIX en el orden jurídico, y llamada también la segunda bola negra del Proyecto de Código Civil de 1851.

Es de interés anotar los tres puntos que la Santa Sede se propuso clarificar en las negociaciones: a) que se reconociesen los efectos civiles



del matrimonio canónico; b) que la presencia de un representante del Estado en la celebración del matrimonio canónico, tuviera como único fin su inmediata inscripción en el registro civil; c) que el Estado se limitase a establecer impedimentos prohibitivos.

Estos tres puntos ponían de manifiesto que la Santa Sede estaba bien informada de los sucesivos proyectos sobre el matrimonio elaborados por el Gobierno español a raíz de la Constitución de Cádiz, así como de la Ley de matrimonio civil de 1870.

Fruto tardío de aquella Constitución fue, durante el Trienio liberal, el proyecto de Código Civil de 1821, que, al decir de Federico de Castro, «fue un intento de conjugar las ideas tradicionales católicas y el liberalismo del siglo»<sup>1</sup>. Según el artículo 281 del proyecto, el consentimiento de los que deseaban contraer matrimonio, debía ser libre, ilustrado y solemne. El consentimiento «solemne» -llamado «convenio de celebrar matrimonio», o «convención matrimonial, previa al matrimonio»-, según el artículo 304 exigía a los contrayentes expresarlo en presencia del Alcalde del domicilio de la mujer, de dos testigos y un escribano, debiendo acreditar que el consentimiento era «ilustrado», es decir, que habían conseguido la licencia o el consejo, según los casos, de sus mayores. El artículo 397 prescribía que era nulo el matrimonio canónico sin haber precedido el consentimiento «solemne» y, también, que podían los Tribunales civiles declarar la nulidad del matrimonio canónico por falta de consentimiento «ilustrado» (artículo 303)<sup>2</sup>.

El proyecto de Código Civil de 1836 siguió en parte, con cierta moderación, el criterio secularizador de 1821. Exigió, para reconocer efectos civiles al matrimonio canónico, que los contrayentes cumplieran lo que denominaba «diligencias previas al matrimonio»: debían acreditar ante el Juez del domicilio de la mujer, que tenían la edad legal para casarse, contaban con el consentimiento paterno y que carecían tanto de los impedimentos civiles como de impedimentos canónicos (artículo 151). Sin embargo, el matrimonio canónico celebrado sin cumplir las dili-

1. F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 188.

2. Cfr. L. CRESPO DE MIGUEL, *El Matrimonio del proyecto de Código Civil español de 1821*, en «Excerpta e dissertationibus in Iure Canonico», VI, Pamplona 1988, pp. 333-397.



gencias civiles previas -a diferencia del proyecto de 1821- no se consideraba nulo, pero carecía de efectos civiles<sup>3</sup>.

El proyecto de Código Civil de 1851 quiebra la línea de los anteriores, al reconocer como único el matrimonio canónico: «El matrimonio canónico -se lee en el artículo 48- ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica, admitidos en España». Sin embargo, García Goyena, con sus Comentarios, va a influir en la Ley de matrimonio civil de 1870 porque defiende la tesis galicana -inspiradora de los proyectos de 1821 y 1836- de la separación del contrato y del sacramento, con la consecuencia de atribuir a la autoridad temporal la competencia de regular enteramente el matrimonio bajo el primer aspecto. Por razones de oportunidad y conveniencia política, explica en su obra, el proyecto consagra un sistema de matrimonio exclusivamente canónico. Sin embargo -y en este punto coincide en los proyectos anteriores- el proyecto de 1851, en su artículo 75, atribuye de forma exclusiva la jurisdicción para conocer de las causas de separación (llamadas de divorcio), a los Tribunales civiles. Aquí se encontraba una de las discrepancias con el Derecho de la Iglesia; la otra, juzgada entonces muy importante, se contenía en el artículo 47, que suprimía los esponsales y ordenaba que ningún Tribunal civil o eclesiástico podría admitir demanda sobre ellos<sup>4</sup>. Pero, con criterio conciliador, el proyecto sancionaba la falta de los «requisitos civiles necesarios» para la celebración del matrimonio -entre los que se encontraban el consentimiento y el consejo paternos- con la desheredación, según el criterio de la Pragmática de Carlos III de 1776. Se evitaba tanto la sanción de nulidad del matrimonio canónico así celebrado, como la privación de sus efectos civiles.

Al proyecto de 1851, fracasado principalmente por circunstancias políticas, suceden con el cambio político de la Revolución de 1868 dos intentos de implantar en España el sistema de matrimonio civil obligatorio: uno, que no llega tampoco a puerto, nos lo ofrece el Libro I del proyecto de Código Civil de 1869; otro, que logra ser promulgado -la

3. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española: la Codificación Civil*, t. IV, v. II, Madrid 1979, pp. 89 y s.

4. Cfr. L. CRESPO DE MIGUEL, *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código Civil Español de 1851*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (1987), n.º 5, pp. 114-115.

famosa Ley de 1870-, sólo conoce una breve vigencia, por su falta de arraigo en la sociedad española.

Del proyecto de 1869 interesa recordar dos artículos. El 61 disponía: «La ley no reconoce como matrimonio legítimo más que el celebrado en la forma prevenida en el presente Código». Según el artículo 63, «el matrimonio se celebrará públicamente delante del oficial del Registro Civil del domicilio de una de las dos partes o de su residencia si llevase en ella más de seis meses»<sup>5</sup>.

Añadiremos ahora sólo unos cuantos trazos sobre la Ley provisional de matrimonio civil de 1870<sup>6</sup>, cuyo autor, Eugenio Montero Ríos, fue también Presidente de nuestra Academia. Más tarde me ocuparé nuevamente de esta Ley, para detenerme en algunas de sus características, que ofrecen gran interés por el modelo de matrimonio que en ella se acoge.

Aunque la Exposición de motivos de la Ley reconocía validez y legitimidad al matrimonio canónico, realmente la Ley, en su artículo 2º, no reconocía eficacia civil a aquel matrimonio. La Exposición afirmaba que «no se declara la nulidad absoluta de los matrimonios con otra forma» distinta de la civil; se alejaba así del proyecto de 1821, que anulaba el matrimonio canónico celebrado sin los requisitos de la ley civil. Encontramos otra diferencia en el artículo 34 de la Ley del 70, que dejaba libertad a los contrayentes para poder celebrar el matrimonio canónico antes o después del matrimonio civil; mientras que el proyecto del 21 disponía, en su artículo 307, que los que contrajeran matrimonio canónico sin haber precedido el consentimiento «solemne», quedaban sujetos a las penas determinadas en el Código penal, además de anular su matrimonio. Por éste y otros puntos, se puede decir que Montero Ríos intentó una secularización de la legislación matrimonial canónica inspirada en el régimen jurídico del matrimonio regulado por la Iglesia. El propio Montero, al confrontar la Ley con el proyecto de Romero Ortiz de 1869, aseguró que el de éste era más radical y avanzado que la Ley del 70, porque ésta, decía, se ajustaba fielmente a la doctrina de la Iglesia<sup>7</sup>.

5. Cfr. S. CARRION, *Historia y Futuro del Matrimonio Civil en España*, Madrid 1977, pp. 114-155.

6. Cfr. S. CARRION, *o.c.*, pp. 138 y s.

7. Montero Ríos, al defender en las Cortes su proyecto de ley, recuerda el proyecto del ministerio Romero Ortiz, de 1869, retirado por su sucesor, Martín de Herrera: «Creo que si el que se está discutiendo se compara con aquél, debería ser calificado el de hoy con razón de conservador, en tanto que el primero no podrá menos de ser calificado de



Como consecuencia del sistema de matrimonio civil obligatorio, una «Disposición general» de la Ley de 1870 atribuía a la jurisdicción civil competencia exclusiva para conocer y decidir todas las cuestiones a que diese lugar su aplicación, y añadía que las sentencias y providencias de los Tribunales eclesiásticos, sobre todo lo que fuese objeto de aquella ley, no producirían efectos civiles. En cuanto a los esponsales de futuro, el artículo 3º los suprimió, aunque no llegó a prohibir a los Tribunales eclesiásticos conocer de las causas esponsalicias, como hizo García Goyena en 1851.

Un nuevo cambio político -ahora la Restauración de la Monarquía, en 1874- introdujo un importante cambio en el régimen civil del matrimonio. Se llevó a cabo por el Decreto de 9 de febrero de 1875, siendo Ministro de Gracia y Justicia Francisco Cárdenas. El preámbulo hace constar que el Gobierno había sentido «el deber imperioso de apresurarse a restablecer la armonía entre la legislación civil y la canónica» sobre el matrimonio de los católicos, reconociendo al sacramento del matrimonio todos los efectos de nuestras leyes, «y restituyéndole a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia». El Decreto, sin embargo, dejaba subsistente la ley de 1870 para la celebración del matrimonio civil de quienes «no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento»; y, por otra parte, exigía la inscripción de los matrimonios canónicos en el Registro civil (artículo 3º del Decreto).

Pero volvamos ya a las negociaciones de Alonso Martínez con la Santa Sede, para señalar algunos datos de especial significación<sup>8</sup>

El 9 de noviembre de 1886, Alonso Martínez escribió al Nuncio Rampolla para decirle que hay que respetar el espíritu del artículo 11 de la Constitución, y establecer un matrimonio civil para los no católicos. El 17 de enero, el Cardenal Jacobini, Secretario de Estado, manifiesta en carta

radical. Si tomáis como punto de vista para calificar lo conservador y lo radical del proyecto su armonía con las reglas de derecho tradicional en España, y con las doctrinas y las creencias de la Iglesia católica, decidme con la mano puesta sobre vuestro corazón cuál de los dos proyectos se separa más de esas sagradas doctrinas y de aquel derecho tradicional; si el proyecto que se discute en estos momentos o el que forma parte del título I del Código civil presentado por mi distinguido amigo y predecesor el Sr. Romero Ortiz» (*Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 269, 29 de abril de 1870, p. 7.561).

8. Cfr. C. ROBLES MUÑOZ, *La base del matrimonio en el Código Civil*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 41 (1985), pp. 365-380.



dirigida al Nuncio que se acepta -para la celebración del matrimonio canónico con efectos civiles- la presencia de un representante del Estado, pero con el único fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Tras nuevos contactos -Nunciatura y Gobierno, Secretaría de Estado y Embajador ante la Santa Sede-, se llega al acuerdo. El 8 de marzo el Embajador Groizard recibe de Mons. Mocenni, Sustituto de la Secretaría de Estado, el siguiente documento, que, en su versión castellana, dice:

«Su Santidad aprueba lo que en las dos partes de la Base se refiere al matrimonio de los católicos.

La Santa Sede deja que el Estado regule los efectos civiles del matrimonio.

La precedente aprobación no prejuzga en modo alguno la doctrina de la Iglesia respecto al matrimonio de los heterodoxos. El Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno dicte acerca de él las disposiciones oportunas».

¿Cómo pudo llegarse a este consenso entre la Santa Sede y el Gobierno español, después de unas negociaciones difíciles y prolongadas?

Se sabe que el argumento central para desbloquear las conversaciones fue la distinción que el Embajador hizo ante el Papa: se trataba -en cuanto al matrimonio de los no católicos- no de una posición doctrinal, sino de un acto de tolerancia, que dejaba incólumes los principios de la Iglesia.

La solución se ha logrado con una fórmula de tolerancia para el matrimonio civil, que respondía tanto al criterio del artículo 11 de la Constitución de 1876 como al magisterio de León XIII sobre la confesionalidad del Estado y la tolerancia. León XIII incorpora al acervo doctrinal de la Iglesia la idea o noción de la tolerancia civil en materia religiosa, un año después de la fórmula aceptada, el 20 de junio de 1888, en su encíclica «Libertas».

La Base 3ª se recogerá literalmente -con la mínima acomodación indispensable-, en los artículos 42, 75 y 78 del Código Civil. Se cumplirían así los deseos manifestados por la Santa Sede: que se reconociesen los efectos civiles del matrimonio canónico, y que la presencia de un representante del Estado en el acto de celebración tuviera como único fin su inmediata inscripción en el Registro civil. El otro deseo de la Santa

Sede -que el Estado se limitase a establecer, respecto del matrimonio canónico, impedimentos prohibitivos- tiene su reflejo fiel en los artículos 45 a 50 del Código.

La Base 3ª, con la fórmula de Alonso Martínez, había sido discutida en una y otra Cámara, y en ambas no se habló de otra cosa que de concordia, pacificación, concordato; de transacción, de tolerancia. Son palabras que se leen indistintamente en los discursos de los portavoces del Gobierno y de la oposición.

Sin embargo, no se dieron a conocer los detalles del proceso negociador. En el archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, los documentos relativos a este acuerdo se clasifican con estas palabras: «El expediente de las últimas negociaciones sobre el matrimonio civil es de un carácter tan reservado y de naturaleza tan delicada que no parece conveniente se facilite a las Cámaras»!

### III. EL MATRIMONIO EN EL PENSAMIENTO LIBERAL

Para el punto que ahora deseo exponer, es útil recordar los dos significados distintos que tiene la palabra matrimonio. Por matrimonio se entiende, bien el pacto conyugal (matrimonio *in fieri*); bien la sociedad conyugal, es decir, el vínculo que resulta de aquel pacto (matrimonio *in facto esse*). Pacto y sociedad constituyen la causa y el efecto, bien entendidos estos términos. El vínculo conyugal, la comunidad que forman el varón y la mujer, según la concepción clásica, no es el efecto del matrimonio, sino el matrimonio mismo, que se constituye -eso sí- por el consentimiento de los contrayentes, mediante el pacto que actúa como causa.

En la doctrina española, es criterio generalizado la calificación de los sistemas matrimoniales atendiendo, primordialmente, al momento constitutivo del matrimonio, al matrimonio *in fieri*, no al matrimonio *in facto esse* (el matrimonio ya constituido).

Es cosa clara -y de todos conocida- que, en los sucesivos proyectos de Código Civil, como ya quedó indicado, se halla presente la tensión entre la concepción secularizadora del matrimonio y la concepción del matrimonio canónico. Pero conviene analizar cuál es el alcance y cuáles son las raíces de esa tensión.

Esa tensión se halla en el matrimonio *in fieri*, porque lo que se quiere -por parte de los reformadores liberales o influidos por el espíritu liberal de la época- es conquistar el régimen jurídico del pacto conyugal. Lo que se plantea, en el fondo, es una cuestión de jurisdicción, como consecuencia de defender la supremacía de la ley civil sobre la ley eclesiástica.

No se intenta revisar la concepción del matrimonio -de la sociedad conyugal, del matrimonio *in facto esse*- hasta entonces dominante en los países tradicionalmente católicos. Entre los variados argumentos que esgrimen los reformadores, descuella uno sobre todos los demás: la necesidad de separar, en el matrimonio cristiano, el sacramento y el contrato. Afirmada la separabilidad del contrato y del sacramento, y utilizada esta doctrina con criterio regalista, se reivindica para el Estado la exclusiva competencia sobre el contrato matrimonial, es decir, sobre el pacto conyugal. Valga por todos el pensamiento de García Goyena: en sus Comentarios al proyecto del 51, lo deja expuesto con toda nitidez, al afirmar el derecho de la autoridad temporal -derecho «mayestático, imprescriptible e inalienable»- a separar el contrato del sacramento y a regular enteramente el matrimonio bajo el primer aspecto por las leyes civiles.

Hay que advertir que, independientemente de la separabilidad o inseparabilidad del contrato y sacramento, en todas las soluciones, sin excepción, dadas al matrimonio en los proyectos de Código Civil, no se concibió el divorcio como quiebra del vínculo matrimonial, sino sólo como separación de la cohabitación. Sin embargo, la jurisdicción sobre las causas de divorcio, es decir, de separación conyugal, fue uno de los puntos más conflictivos de la cuestión matrimonial: pues unos eran partidarios de que debía corresponder a los Tribunales seculares, y otros mantenían la competencia de los Tribunales eclesiásticos.

Una rápida ojeada a los sucesivos proyectos ilustrará el punto a que me estoy refiriendo.

El proyecto de 1821 proclama, en su art. 331, que «el matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte». Al comentar este artículo, uno de los estudiosos del proyecto escribe: «Los anhelos liberadores del Trienio liberal frente a la Iglesia, no alcanzaron -en absoluto- al divorcio, que Napoleón había introducido en el Código de los Franceses, que tanta



influencia tuvo en los redactores del proyecto español<sup>9</sup>. La pretensión regalista se refleja tan sólo en el art. 336, que dice: «El Juez competente para conocer de la separación del matrimonio es el de primera instancia del partido». En términos semejantes, el proyecto de 1836 atribuía las causas de divorcio -entendidas como causas de separación- a los Tribunales seculares.

El proyecto de 1851 atribuye también, en su art. 75, las causas de divorcio -sólo en cuanto a la separación o divorcio impropio- a los Tribunales civiles. García Goyena justifica esta innovación por el poder del Estado para legislar y juzgar sobre el contrato matrimonial, pues las causas de divorcio, dice en sus Comentarios, «dejan siempre intacto el vínculo y la validez del matrimonio»<sup>10</sup>.

El proyecto de Romero Ortíz de 1869 consagra con trazos firmes la indisolubilidad en su art. 50: «El matrimonio es por su naturaleza indisoluble», fórmula que acoge y perfecciona la Ley de 1870. Esta famosa Ley es un exponente claro del pensamiento liberal decimonónico acerca del matrimonio: una normativa que traduce, de forma impecable con el empleo de la técnica legislativa más depurada, las consecuencias jurídicas de una ideología que -siendo innovadora en cuanto a la revisión de las respectivas competencias del Estado y de la Iglesia en el régimen del matrimonio-, es totalmente fiel a la concepción tradicional de la unión conyugal; totalmente fiel, diríamos con terminología actual, en cuanto al modelo de matrimonio que se regula; modelo que no es otro que el matrimonio canónico, expropiado por la ley civil -es el primer sistema español con fuerza legal, de matrimonio civil obligatorio-, pero conservando el edificio expropiado con el mayor esmero, sin el menor retoque sustancial.

La Ley del 70 se abre con una definición a la par sobria y solemne: «El matrimonio, dice el art. 1º, es por su naturaleza perpetuo e indisoluble». Montero Ríos, en uno de sus discursos ante las Cortes, hará en términos enfáticos un autorizado comentario de este artículo: «el matrimonio -son sus palabras- continuará indisoluble como hasta aquí, con la unidad, con la monogamia, como sometido a las elevadas condiciones a

9. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias del proyecto de Código civil de 1821*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVIII (1975), p. 81.

10. Cfr. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza 1974, pp. 282 y 283.

que le sometió la Iglesia católica de Occidente, y como hasta aquí, no descenderá en una sola línea de la dignidad y del elevado carácter que le dio la Iglesia de Jesucristo. Entre tanto, y por el sistema desenvuelto en el proyecto de ley, ni una sola regla de moral habrá de lastimarse, así como habrán de lastimarse las más fundamentales con el sistema que está rigiendo en las naciones protestantes»<sup>11</sup>.

Los liberales españoles del XIX niegan la jurisdicción de la Iglesia, por afirmar la superioridad de la ley civil sobre la canónica, pero respetan las líneas esenciales del matrimonio. Por eso admiten y defienden la indisolubilidad, es decir, respetan la concepción tradicional del matrimonio, enraizada en la vida real. No se atreven a desconocer esa concepción; la adoptan secularizándola. Tratan de verter en normas civiles -con pocas variantes- la sustancia del matrimonio canónico. Lo dice paladinamente Montero Ríos.

Sabido es que el llamado matrimonio civil de las naciones modernas no es más que la traducción laica de la institución matrimonial cristiana, regulada por el Derecho de la Iglesia. Con la nueva institución comienza el proceso secularizador del matrimonio; proceso que, con el tiempo, según un ritmo diferente en unos y en otros países, conduce -al apartarse la institución del modelo en que inicialmente se había inspirado- a la implantación del divorcio vincular, a costa de privar del amparo de la ley civil a la indisolubilidad de la unión, lo que se traduce en la consagración legal de un nuevo modelo de matrimonio.

Lo ocurrido en España en el siglo XIX no es algo excepcional. Si atendemos a lo ocurrido en Italia, comprobamos que la indisolubilidad del matrimonio como institución civil fue defendida esforzadamente por políticos, filósofos y juristas no ciertamente sospechosos de clericalismo, sino formados en la escuela de la más estricta laicidad y en momentos -entre el siglo XIX y el siglo XX- en los que prevalecía, a causa de la «cuestión romana», una orientación de política general y de política eclesiástica francamente anticlerical y laicista<sup>12</sup>.

11. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, n. 269, 29 de abril de 1870, p. 7.558.

12. Cfr. G. DALLA TORRE, *L'indisolubilità intrinseca del matrimonio nella concezione cristiana del diritto naturale*, en «Persona y Derecho», I (1974), pp. 193 y ss.

Podemos decir, en suma, que -a pesar de la secularización, que implanta el sistema de matrimonio civil obligatorio- no se intenta revisar la concepción del matrimonio. Y esto es una constante.

#### IV. EL INFLUJO ENTRE SI DE LOS SUCESIVOS SISTEMAS MATRIMONIALES

Encontramos también en nuestro Derecho otra constante en la sucesión de sistemas matrimoniales, a partir de la Ley de 1870: el influjo que, con distintos matices, han ejercido unos sobre otros.

Así, el Decreto de 9 de febrero de 1875, con el que se inicia la revisión de la Ley de Montero Ríos, si bien la deroga en cuanto había implantado un sistema de matrimonio civil obligatorio, la deja subsistente -según vimos- para la celebración del matrimonio civil de quienes «no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento».

A su vez, este Decreto del Gobierno de la Regencia que presidía Cánovas del Castillo, va a influir a lo largo de un siglo -con el breve paréntesis de 1921 a 1938, que corresponde al período de la II República- en el sistema matrimonial español, que ha girado en torno al concepto legal que se expresa en la frase «quienes no profesando la religión de nuestros padres...».

El concepto legal de «no profesar la religión católica», es acogido en la fórmula transaccional negociada oficiosamente con la Santa Sede por Alonso Martínez; llega por este conducto al texto del art. 42 del Código Civil en su primera redacción; y es conservada en la reforma del sistema llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, promulgada para acomodar el Código Civil a las exigencias del Concordato suscrito por el Gobierno español con la Santa Sede en 1953.

Sabido es que el alcance de ese ambiguo concepto legal -necesitado de precisión para su observancia práctica- se determina en vía administrativa, mediante sucesivas disposiciones gubernativas que harán decir al art. 42 del Código cosas distintas según el criterio, en materia religiosa, de los respectivos gobiernos.

Sin embargo, hasta la reciente reforma del Código Civil, el modelo de matrimonio que acoge y regula nuestro ordenamiento secular ha sido



siempre el mismo, con la única excepción de la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932. La nota de indisolubilidad ha sido acogida en los diferentes sistemas matrimoniales, que se suceden como consecuencia de los cambios políticos, considerándose tal principio como indudablemente unido a la tradición jurídica española.

Implantado el divorcio por imperativo de la Constitución republicana de 1931, se revisa la cuestión con el cambio político, que establece la indisolubilidad, primero con la ley de 23 de septiembre de 1939, que deroga la de 1932, y más tarde con un texto también de rango constitucional, el art. 22 del Fuero de los Españoles de 1945.

En este sucederse de sistemas -antagónicos en sus respectivas posturas sobre el divorcio, pero acordes en su criterio de optar por una solución aplicable en todo caso, sin posible alternativa- llegamos a la actual Constitución de 1978, que, sin duda influida por las que le precedieron, no ha querido tomar partido sobre el tema. De tal modo -así se hizo constar en los debates parlamentarios- la Constitución ha dejado la puerta abierta para que el legislador ordinario pueda resolver esta cuestión, sin imponerle un criterio determinado. Así, el Sr. Sotillo Martí, portavoz del grupo socialista, manifestaba ante el Pleno del Congreso, el día 11 de junio de 1978: «Limitémonos a aprobar un artículo -se refiere al que será art. 32 de la Constitución- que no impone nada a nadie y que permite que volvamos a discutir sobre el tema en toda su amplitud, en el futuro, por una legislación ordinaria».

¿Qué novedad encierra el criterio acogido por la vigente Constitución?

Significa la quiebra del criterio anterior que imponía, según diversos sistemas, el divorcio o la indisolubilidad, pero con una aplicación uniforme -sin posible alternativa- para todos los supuestos. Criterio que respondía a la aceptación por el legislador de uno u otro modelo de matrimonio; y en los períodos de la segunda República y de su revisión inmediata, sin posible opción para el legislador ordinario, a quien se imponía una u otra solución por imperativo de la norma constitucional.

## V. LA CONSTITUCION POLITICA Y EL CONCORDATO COMO FUENTES INSPIRADORAS DEL SISTEMA MATRIMONIAL

Ahora, sólo unas breves consideraciones acerca de una tercera constante de nuestro Derecho matrimonial.

Unas veces, la Constitución política ha condicionado el régimen jurídico del matrimonio, también en el siglo XIX, aunque -como es sabido- fue la Constitución de Weimar la que introdujo el matrimonio como objeto de regulación, al considerarlo fundamento de la familia. Pero otras veces ha sido el régimen del matrimonio el que ha influido en la virtualidad práctica de la Constitución. El caso español es, probablemente, el ejemplo más llamativo. La Constitución de 1812 manda promulgar el Código Civil, y el matrimonio lo dificulta durante casi un siglo.

Otro tanto cabe decir, en el caso español, acerca del influjo que ejerce el Concordato con la Santa Sede: unas veces de modo directo en el régimen del matrimonio, como ocurre, según recordamos, con el Concordato de 1953, origen de la reforma del sistema matrimonial por la Ley de 1958. Otras veces, el Concordato -y, en general, las relaciones del Gobierno con la Santa Sede- ejercerán un influjo práctico en el régimen del matrimonio.

Por otra parte, el proyecto de Código Civil de 1836, terminado en noviembre de ese año, fue presentado por el Gobierno a las Cortes Constituyentes. Aprobada la Constitución el 18 de junio de 1837, pareció necesario armonizar con ésta el proyecto de Código, que no llegó a revisarse ni a promulgarse.

Parecida suerte corrió el proyecto de 1851; ahora por las relaciones con la Santa Sede. Las observaciones que se hicieron sobre el proyecto de matrimonio coincidían en afirmar que, si se llegaba a aprobar el proyecto, se iría en contra del Concordato suscrito por los plenipotenciarios de Pío IX y de Isabel II el 16 de marzo de ese mismo año, 1851, provocando una nueva crisis entre las dos potestades, temporal y eclesiástica, que en aquel momento se debía evitar.

El influjo de la Constitución es claro y directo en las dos ocasiones en que se implanta un sistema de matrimonio civil obligatorio: en 1870, la Ley de Montero Ríos se inspira en el artículo 21 de la Constitución del 69, que introduce por primera vez en nuestro Derecho la tolerancia civil

en materia religiosa; y en 1932, la Ley de divorcio es aplicación del artículo 43 de la Constitución republicana, que impone por primera vez entre nosotros el divorcio vincular.

El influjo de esas dos fuentes inspiradoras -Concordato y Constitución- es también claro y directo en la fórmula de la Base 3ª negociada por Alonso Martínez. En ella, al referirse al matrimonio civil, se dice «que se celebrará en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado».

## VI. EL MOMENTO ACTUAL

Se acerca ya, señores, el final de mi discurso en este ciclo conmemorativo del Código Civil.

Celebramos una conmemoración y, según nos dice el Diccionario de la Real Academia, conmemoración es memoria o recuerdo que se hace de una persona o cosa. Se conmemora lo pasado, nunca lo presente, aunque lo pasado nos ayuda a entender lo que hoy existe, lo que está vigente.

Nos hemos referido hasta ahora al matrimonio en el Código Civil, en clave conmemorativa. Al preparar el guión de esta conferencia, yo me he preguntado si serían impertinentes unas últimas consideraciones que vengan a completar el antes, que ya pasó, con la previsión o la sugerencia de un después que desearíamos llegara a ser realidad en nuestro ordenamiento matrimonial. Y me he respondido que -siempre que fueran breves- no serían impertinentes esas consideraciones finales, tanto más cuando lo que como conclusión voy a decirles, ha estado muy presente en mi ánimo al componer el hilo conductor de mi discurso.

En suma quiero decirles que también hoy, de lo que deba o pueda ser nuestro sistema matrimonial, se ocupan -como en etapas anteriores- tanto la Constitución como el Concordato con la Santa Sede.

Al recordar estas dos fuentes inspiradoras, podría pensarse que quiero referirme, una vez más, a la cuestión batallona de si, en la reciente reforma del Código Civil, debió darse acogida con claridad a un sistema de matrimonio facultativo de tipo latino. No es éste mi propósito.

Solamente deseo llamar la atención acerca de la novedad que supone el dato, por todos aceptado, de que, en la Constitución española de 1978, el matrimonio está definido como un derecho a contraer matrimonio. Se



trata del *ius connubii*, reconocido en el artículo 32, que - por figurar en el capítulo segundo del título I- sólo puede regularse por ley; ley que en todo caso, según lo establecido en el artículo 53, deberá respetar su contenido esencial.

Y a este contenido esencial del derecho a contraer matrimonio quiero referirme en relación con un punto concreto; en relación con la indisolubilidad, punto que, de intento, quedó indefinido en el texto constitucional, con el fin de dejar abierta la puerta para legalizar cualquiera de las dos opciones posibles<sup>13</sup>.

En la actualidad existen en nuestra área cultural dos concepciones jurídicas distintas acerca del matrimonio. Ambas coinciden en que se trata de un vínculo jurídico entre varón y mujer, causado por el consentimiento de los contrayentes, que constituye la base de la familia legítima (sin perjuicio de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio); sin embargo, discrepan en cuanto a la estabilidad de la unión, propugnando un sector de la opinión jurídica la indisolubilidad del vínculo y otro, la posibilidad de ser disuelto por divorcio, a tenor de causas legalmente tasadas. Tanto en un caso como en otro, se concibe el matrimonio como una realidad jurídica de doble vertiente, contractual e institucional: son los contrayentes quienes, por medio de la expresión del consentimiento matrimonial, crean la relación jurídica conyugal, pero ésta posee un núcleo esencial, predeterminado legalmente, cuyo contenido concreto depende de la concepción matrimonial en la que se ha inspirado el legislador.

El divorcio no es una facultad extrínseca a la esencia del matrimonio, sino que incide sobre ésta, convirtiendo el tipo matrimonial en esencialmente disoluble. En un régimen de admisión del divorcio vincular, la nota esencial de la indisolubilidad carece de eficacia jurídica y la unión tipificada no es considerada, a su vez, como matrimonio por los defensores de dicha característica. El matrimonio indisoluble es, por otra parte, contemplado por los que abogan por un sistema divorcista como contrario a la libertad y como impedimento ilegítimo, si concurren determinadas circunstancias para ejercitar de nuevo el derecho a contraer matrimonio. Ambas concepciones, desde sus respectivos puntos de vista, funda-

13. Cfr. E. BAURA, *El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio*, en «*Ius Canonicum*», XXVII (1987), pp. 697-739.

mentan este rasgo discrepante en la dignidad de la persona y en su libertad.

Ante estas dos concepciones distintas, con mayor o menor arraigo hoy en la sociedad española, el legislador ordinario se ha inspirado en la que entiende que el divorcio constituye una de las facultades que integran el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Al hacerlo así, el legislador ordinario ha actuado dentro del arco constitucional. Esto es cosa clara; pero lo es también que, dentro de ese arco, sería igualmente constitucional inspirar la configuración del *ius connubii* según la concepción que estima la indisolubilidad -y la indisolubilidad protegida por la ley civil- como una de las características del contenido esencial de ese derecho. Y esto, repito, es cosa clara porque la consagración de un determinado modelo matrimonial no está exigida por el orden público constitucional

Es ahora el momento de recordar el Acuerdo concordatario, como la otra fuente inspiradora de nuestro sistema matrimonial. Y de recordar concretamente una de las cláusulas del artículo VI, la que figura en su número 3º. Dice así:

«La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebran el matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en general, a respetar sus propiedades esenciales», es decir, la unidad y la indisolubilidad.

Esta admonición, aunque dirigida a los católicos, reafirma para todos el «valor permanente» de la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio, en la que han de considerarse incluidos los criterios jurídicos que de ella dimanen. Y esto se hace en un documento firmado conjuntamente, que tiene por lo menos la fuerza de una comunicación solemne hecha a la otra parte contratante.

Termino ya. Ese modelo matrimonial a que se refiere la cláusula del Convenio suscrito por el Estado con la Santa Sede, continúa hoy arraigado en un gran sector de la sociedad española; y está pidiendo -con igual cobertura constitucional que el acogido hoy en el Código- que, quienes libremente lo hagan suyo, obtengan de la ley civil la debida tutela de la indisolubilidad de su unión.

¿Sería esto posible en una revisión del sistema matrimonial, que sólo puede acometer el legislador ordinario?

¿Sería posible lograr esto sin traumas, en un ambiente de concordia y de paz entre los que, noblemente, se adscriben a una u otra concepción del matrimonio?

Señores, yo pienso que sí. Pero no es éste el tema de hoy. Espero, con la gracia de Dios, abordarlo detenidamente en otra oportunidad.